

普通高等教育“十三五”规划教材



赠教学课件

蔡晓青 刘丽英 向鹏 主编

法理学

FALIXUE

法
学

列



延边大学出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



普通高等教育“十三五”规划教材

法 理 学

主编 蔡晓青 刘丽英 向鹏

延边大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学 / 蔡晓青, 刘丽英, 向鹏主编. -- 延吉 :
延边大学出版社, 2017. 7

ISBN 978-7-5688-3350-9

I. ①法… II. ①蔡… ②刘… ③向… III. ①法理学
-教材 IV. ①D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 188363 号

法理学

主编：蔡晓青 刘丽英 向鹏

责任编辑：李东哲

封面设计：曾宪春

出版发行：延边大学出版社

社址：吉林省延吉市公园路 977 号 邮编：133002

网址：<http://www.ydcbs.com>

E-mail：ydcbs@ydcbs.com

电话：0433-2732435

传真：0433-2732434

发行部电话：0433-2732442

传真：0433-2733266

印刷：北京荣玉印刷有限公司

开本：787×1092 毫米 1/16

印张：13.5

字数：350 千字

版次：2017 年 12 月第 1 版

印次：2017 年 12 月第 1 次

ISBN 978-7-5688-3350-9

定价：39.80 元

前 言

法理学是法学的一般理论、基础理论、方法论和法学的价值意识形态。它既是法学学科的入门课程，也是所有部门法学的升华课程。作为法学的入门教材，本教材重在为法科学生提供入门的法学知识，为学生进一步学习法学专业课程打下基础，重在培养学生的基本法学意识，训练学生的法律思维方式和能力。

本书是为接触法学的读者提供一本正统的、全面的法理学入门读物。基于这一目的，本书的设计和写作呈现如下一些特点：

其一，知识体系简洁、明了。从内容的选择上，本书不求全面而复杂，而是挑选法理学比较基本和重要的内容，按照更为顺畅的逻辑进行排列铺陈。通过这本书，读者可以比较清晰地了解到法理学这门学科的基本内容。

其二，行文表述平实、愉悦。虽然谈论的是相对比较抽象和高深的法学原理，但本书尽量采用通俗、易懂的专业语言进行描述和解析。法学院的学生常常有一种印象，即法理学的教材比较枯燥和复杂，本书希望可以改变这一情况，让法理学也可以深入而浅出，活泼而愉悦。

其三，知识与文化、方法相结合。法理学要向读者提供法学的基础性知识，但同时更要向读者提供法学的方法、文化和理念。在习得知识的同时，期待读者可以去体会法律的关怀，掌握法学分析的方法。

由于水平有限，加上时间仓促，书中的疏漏和不足在所难免，恳请专家学者及读者提出宝贵的意见和建议，以便于我们今后修改完善。

目 录

第一章 法的本质	1
第一节 法的本质的概念	1
第二节 法的本质的学说	3
第三节 马克思主义的法本质理论	8
第二章 法的渊源与效力	11
第一节 法律的渊源	11
第二节 法律的效力	19
第三节 法的效力等级及冲突解决	26
第三章 法的规范与体系	30
第一节 法律规则	30
第二节 法律原则	39
第三节 法律体系	47
第四章 法的作用与价值	57
第一节 法的作用	57
第二节 法的价值概述	62
第三节 法与秩序	64
第四节 法与自由	66
第五节 法与正义	69
第六节 法与效率	71
第七节 法与人权	73
第八节 法的价值的冲突与整合	75
第五章 法的演进	77
第一节 法的起源	77
第二节 法律发展的历史阶段	82
第三节 法的未来	91
第六章 法的运行	94
第一节 立法	94
第二节 守法	107

第三节 执法	111
第四节 司法	119
第五节 法律监督	130
第七章 法律方法	135
第一节 法律方法概述	135
第二节 法律推理	141
第三节 法律解释	148
第四节 法律论证	154
第八章 中国特色社会主义法治理论	159
第一节 法治概述	159
第二节 中国特色社会主义法治建设基本原理	170
第三节 我国社会主义法治工作的基本格局	173
第四节 我国社会主义法治工作的重要保障	181
第九章 法与社会	185
第一节 法与经济	185
第二节 法与政治	190
第三节 法与文化	198
第四节 法与科技	205
参考文献	210

第一章 法的本质

第一节 法的本质的概念

一、本质与现象之间的关系

关于本质问题的讨论是本体论研究中的核心问题。按照马克思主义辩证唯物主义的观点，在认识法的本质之前，我们必须了解什么是本质以及本质与现象之间的关系。我们在与自然和社会环境进行接触时，起初看到的总是充满复杂性、偶然性和多样性的现象，现象提供给我们感性的素材。但是，倘若我们停留在对现象的关注上，那我们就无法对事物内部的客观基础作出深层的把握，也无法准确地认识和理解事物发展变化的规律，这就要求我们透过现象认识事物表面背后的本质。

“本质是客观世界现象内部的、共同的、相对稳固的、根本性的特征的统一，这些特征决定事物的本性及其发展方向。”在生活世界中，事物的本质并不能直接展现，而是通过现象表现出来。那么，现象和本质之间有哪些关系呢？简单来说，我们将二者的关系分为几个方面：①特殊性与一般性。任何现象都具有特殊性，通常与特定时空情境相结合，表现为千姿百态的现实存在物，而本质是同类现象背后共同性的特征，是事物本身所固有而又区别于其他事物的根本属性。②外部性与内在性。现象外在地存在于生活环境中，人们借助观察等方式可直接捕获与感知，而本质则潜藏在现象背后，无法借助人的感性认识去接触和体察，需要动用理性思维予以总结、归纳和分析。③易变性与稳定性。世界上万事万物都处于不断变化当中，任何细微因素都有可能引起现象发生不同形式的改变，甚至不同环境中呈现出截然不同的形貌，而本质具有稳定性，在事物的发展变化过程中表现得更加牢固。但必须注意的是，世界上没有永恒不变的本质，本质的稳定也是相对的。

二、法的本质的概念解释

如同其他事物一样，法的本质也应嵌入现象与本质的关系范畴中去发现并建构。法的

本质隐匿于法的现象背后，要发现和寻找法的本质，我们首先要了解的是法的现象。什么是法的现象？不同学者有着不同的观点。有学者认为法的现象是人类的社会关系在国家规范领域中的表现形态；也有学者将法的现象分为动态与静态两类，前者包括制度设置层面的法律制度、法律规范等，而后者主要指法律规范的运作过程等；还有学者直接将法的现象理解为法的外部的、比较多面和表面的方面；还有人将法的现象分为规范形态、设施形态、精神形态和法的运用过程等。结合学者们的观点，以及法律在实践层面的表现形式，法的现象至少应从立法、执法、司法和守法四个方面理解，制定法的设立、修改和废止、不同类型或领域的执法活动、以审判为中心的侦查、检察和审判活动以及公众参与法律实践的行为或事件都可归为法的现象。此外，为促使和保障法律实施提供的设施、职业共同体的培养、法治意识的教育和改善也属于法的现象。综合来看，法的现象非常丰富，表现形式多样，而且具有极强的开放性和包容性，并随着社会经济和科技的发展，不断吸纳原本在法律之外的新鲜事物，比如互联网时代到来之后，与网络相关的域名、IP等知识产权也都成为法的现象中的热点问题。

法的本质是相对于法的现象而言的，是对法的内在属性的解释和说明。一般来讲，法的本质是指法律这一事物的内在必然联系和质的规定性，也可以理解为法的内在联系和内部规定性，是法区别于其他一切事物的根本属性。法的本质通常作为区别法与其他社会现象关系、划定法与其他社会现象差别的关键。法的本质是多层次的、多等级的，人们对法的本质的认识，要借助抽象思维和逻辑推理等方式才有可能把握。而正如列宁所说：“人的思想由现象到本质、由所谓的初级的本质到二级的本质，这样不断地加深下去，以至于无穷不断。”法的本质的认识也要经历这样的深化和发展过程。

三、正确对待法的现象与法的本质的关系

回顾人类认识法的本质的历史，我们可以发现，有些学者在研究法的本质问题时，混同对待法的本质与法的现象之间的关系，将法的现象如法的强制性、规范性作为法的本质使用，而另外一些学者虽重视对法的本质的挖掘，但却将之与理性、神明等因素联系起来，未能揭示出精神现象背后的物质动因，未能充分建立起法的现象与法的本质之间的合理关系。实际上，法的现象与法的本质都是法这个事物在生成、发展过程所不可或缺的，二者之间具有区别也有着紧密的联系。

（一）法的现象与法的本质的区别

法的现象与法的本质的区别可借助哲学本体论中现象与本质的关系作出说明。首先，法的现象是法的外部联系和表明特征，是个别的、具体的、外露的，通过经验的感性认识即可为人们所感受和认知，而法的本质是法的现象的根据，在一定范围内具有普遍性，是法这个事物存在和发展的决定性力量。其次，法的现象是变化的，这个变化不仅发生在不

同时空维度中，即便在同个时空内部，不同法的现象之间也有着一定的区别。最后，法的现象主要通过观察、体验或实证调研等经验方式得以认识，而法的本质必须借助理性思维和逻辑思辨才可能把握，二者的认识方式存在不同。特别需要警惕的是，某些法的现象有时还会歪曲或掩饰法的本质，使人们在感性认识形成错误的判断，我们把这种现象称为假象，必须在认识法的本质的过程中不断剔除。

（二）法的现象与法的本质的关联

关于法的现象与法的本质的关联，我们可以从两个方面认识：首先，法的现象是认识和掌握法的本质的前提。人们对法的所有认识都是由认识法的现象开始的，没有法的现象做载体，法的本质就无法存在，没有对法的现象的精确感知，也就无法获取对法的本质的理想认识。其次，法的本质是正确认识法的现象的基础与保证。法的现象纷繁复杂，并且随着时代变迁还会不断丰富和变化，只有建立起对法的本质的正确认识，才能帮助我们更好地认识法的现象，并在辨明不同法的现象蕴含实质的基础之上，指导法律的设置、实施、运作与进一步发展。

第二节 法的本质的学说

法的本质是对法的内在属性的解释，多以“法律是什么”的问题形式出现。人们对法的本质的认识过程经历了漫长的时间，在其中也形成了形形色色的不同学说，这些学说在不同历史阶段也扮演着重要的角色。站在马克思主义法学的立场，我们并不完全赞同已有的、非马克思主义的法的本质学说。但是，他山之石，可以攻玉，了解和借鉴非马克思主义法的本质学说中的合理成分，可以更好地认识马克思主义法的本质观。由于历史上形成多种法的本质学说，我们选择其中比较重要的学说进行介绍。

一、神意说

神意说是人类历史上存在时间最长、范围最大和最古老的法的本质认识，至今在宗教法占统治地位的国家 and 地区仍然适用，其核心就是认为法是由神所设，是神的意志的体现，也是神对人类行为的标准与要求，中国古代就有“天用剿绝其命，今予惟恭行天之罚”的说法，而在古印度、古巴比伦，《摩奴法典》《汉谟拉比法典》都强调的是代表神的意志而制定的。在神意说中，比较具有代表性的人物有奥古斯丁与托马斯·阿奎那。

奥古斯丁是教父思想的集大成者，也是同时代最伟大的神学家，其主要著作有《上帝之城》《忏悔录》《教义手册》《论三位一体》等，对中世纪基督教思想的发展发挥了重要的作用。奥古斯丁提出原罪与救赎，并将世界划分为上帝之城和世俗之城，认为国家成立

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



的目的就是满足人们生存所需的各种利益，同时以完善的秩序和和谐的关系取悦上帝。奥古斯丁认为，法律源自上帝的正义，是上帝赋予人类的行为标尺，并以基督教教义为基础，将法律分为神法和人法，前者来自上帝的意志和智慧，是普遍而又永恒不变的，约束人的内心，按照上帝的安排享有平等和自由；而后者是为了克服人的原罪而对人的本性的约束和惩罚，是随着时间空间和而发生变化的，重在约束人的行为。人法必须服从神法，否则就无法分享上帝的正义，就无法存在。而人们也应当遵守人法，以维护生活的秩序与稳定。

托马斯·阿奎那是西欧中世纪著名的神学家和政治思想家，他将亚里士多德的理论 with 基督教神学相结合，建立起庞大而又无比精致的神学法体系，主要著作有《神学大全》《论君主政治》《亚里士多德政治学诠释》等。在阿奎那看来，法是人们赖以导致某些行动或者不做其他一些行动的行为准则或尺度，其目的是促进共同的福祉，而这种福祉来自上帝的安排，并在此基础上将法分为永恒法、自然法、人法和神法。其中，永恒法是上帝统治世界的法律，是神的理性的完整体现，不仅支配着人类社会，就连自然界也在其管控之下，而其他类型的法都是基于永恒法产生的。对阿奎那而言，永恒法是上帝对创造物的合理领导的规则，具有法律的性质。自然法是上帝用来管理人类的法律，是专属于人类的永恒法的体现。在阿奎那看来，人类无法完整获知永恒法，但作为理性动物，人类可以知道永恒法的部分内容，并分享上帝的智慧。人法是指由承担社会管理职能的治理者根据自然法原理制定和颁布的，其内容主要是关于公共事务的安排，不能与永恒法、自然法相抵触。神法是指以《圣经》对永恒法和自然法的补充，是神所赋予的法律，指导人们过一种有德行的生活。而在当时所有法律类型中，其背后的本质是神的智慧与安排。

二、人类理性说

人类理性说出现很早，持续时间也很长，并且在西方国家的法律建制方面起到了很大的促进作用。通常我们将人类理性说与自然法学的历史发展结合起来看，以时间为轴线，大致可分为古代自然法学、古典自然法学和新自然法学三个阶段。

在古代自然法学阶段，自然法被认为是和物理世界一样，是具有规律性的、不受人的意志控制的自然现象，但人们可凭借自身的理性去认识和发现自然法。自然法思想的出现源自古希腊的斯多葛学派，但比较有代表性的人物是古罗马的西塞罗，他在自然法学说传播中发挥了重要作用。西塞罗认为“真正的法是与自然契合的正确理性，投射到一切人身上；它连续而不改变，召唤着人们依据它的规则来尽自己的义务，并通过它的禁令使人们远离错误；对正直的人来说，它的要求和禁令就全不起作用……它是唯一而一同的法，永恒而不可改变，约束所有时代的所有民族。”在西塞罗看来，自然法是理性的体现，源自自然而又永恒不变，所有人定法的内容和效力都来自于自然法并体现自然法，如果人定法违背自然法就不是法律，真正的法律就是人类理性的结果。

在古典自然法学阶段，自然法是高于并指导政治社会法律建制与运作的人类理性，是最基本的、起决定性作用的法律，人定法来自于自然法。其中的代表性人物有格老秀斯、霍布斯和洛克等人。格老秀斯认为，自然法之母是人性，而人性是社会交往成立的基础，所有人定法均来自自然法的规定。也就是说先有人性而后有自然法，有自然法方可有人定法，即便是在国家战争时期，敌对双方的人定法是无效的，但自然法依然有效。霍布斯认为，人性有恶面，在自然状态下容易陷入人与人之间的战争，唯有凭借理性发现的“自然律”也就是自然戒条或法则，才能保护自身的自然权利和自由。国家制定的实在法虽然在形式上更为多样，规定更为详细和具体，但必须符合自然法原则。洛克则认为自然状态是一种平等的状态，人们普遍享有自由和平等的天赋权利，但自然法因缺乏强制性和明确的规定而得不到有效的遵守，在社会契约之下人为制定的法是为实现自然法并以保存人的生存、自由和财产权利为目标。

在新自然法学阶段，二战后人们反思并认识到不加辨识的法律容易成为推行集权和暴行的工具，开始重新重视人性和人的尊严，关注法律中的价值成分。其中的代表性人物有富勒、罗尔斯和德沃金等。富勒的法律道德性命题是在与哈特分析实证主义法学的论争中产生的，富勒认为法律受到道德的影响，并将法律的道德性分为义务的道德与愿望的道德两个方面，法律的义务道德是指法律制度所必须具备的一系列条件，包括法律的普遍性、公开性、明确性等八项原则，属于程序自然法的范畴，也界定了程序理性的标准。法律的愿望道德实质则是法律实际追求的价值与目标，属于实体自然法的范畴，也圈定了实质理性的范围。罗尔斯则提出正义论，提出分配正义与矫正正义两个概念，并认为法律应符合正义的要求，而正义实际上来自人们理性的判断。德沃金的权利法律观以个体权利为核心，认为法律应当为权利的实现提供有效的保护。

三、公共意志说

公共意志说认为法律是公意的行为，代表人物是卢梭，主要著作有《论人类不平等的起源和基础》《社会契约论》。在卢梭看来，社会来自人们平等和自由的约定而缔结的契约，提出社会契约成立的方式是权利的全部转让，通过此种方式结合的共同体体现了人民最高的公共意志，并认为“需要有约定和法律来把权利与义务结合在一起，并使正义能符合它们的目的”。从这个意义上看，卢梭提出“凡是实行法治的国家，无论它的行政形式如何，我就称之为共和国，因为唯有在这里才是公共利益在统治着。”卢梭尤为重视立法权的归属，认为立法权永远并唯一的属于全体人民。制定法律的关键是要看法律所适用人民的状况、人民是否认同和服从法律的规制，同时也要考虑到国家的面积以及其与人口数量比率。在卢梭看来，立法的最终目的就是促进全体人民的最大幸福，也就是保证自由和平等。

在这个基础上，卢梭将法律分为四种：一是政治法，主要是规定主权者和国家之间的

关系。二是民法，是规定公民之间以及公民对整个共同体关系的法律。三是刑法，涉及对违反其他法律的相应制裁。四是风俗习惯，来自于不同地区的不同风尚与地方习惯。在卢梭的表述中，风俗习惯至关重要，因为“这种法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民的内心里；它形成了国家的真正宪法；它每天都在获得新的力量，当其他法律衰老或消亡的时候，它可以复活或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量”，这实际上也表明法律背后的真正动力来自于人民的公共意志。

四、民族精神说

民族精神说认为，法律绝非纯粹理性的产物，而是社会整体的一部分，与所处社会的属性相吻合，跟随社会的发展而发生变化。比较具有代表性的人物是萨维尼和梅因。德国法学家萨维尼认为，“法律和语言、生活方式一样，受着同样的运动、变化和发展规律的支配，并随着民族的发展而发展，随着民族力量的加强而加强，最后也同民族失去它的民族性一样而消亡。”所以，萨维尼反对古典自然法学，反对那种机械的、自然法假定的法典，并认为法典应该为任何可能出现的案件提供规则性目标是不可能实现的。对萨维尼来说，理性主义者的错误就在于他们将法律的概念和思想当作人的理性的结果，忽略了法律所处的社会与历史阶段，提出应回到民族的概念，理解法律的本质。如果法律本身是积极有效的，是与民族特有的资源属性相契合的，就没有必要进行法典的编纂，甚至在有利条件下也是一样的。

英国法学家梅因采取历史、比较的方法探讨法的本质问题，发现人类法律概念起源于个别的、单独的裁判，而后形成习惯，并逐渐进入法典的阶段。当原始法律成为法典，法律的自发过程告以终止，而自此以后，对它起影响的，便是有意的和来自外界的。自法典时代开始，进步社会与静止社会之间的区分愈发明显，少数进步社会的法律不断向前发展，而大部分东方静止社会的法律出现停滞。梅因关注进步社会，提出借助“法律拟制”“衡平”和“立法”手段来促使法律与进步社会的协调匹配。梅因肯定自然法在古代发挥过作用，但认为后来自然法却变成纯粹的信条，是粗糙的和不精确的。梅因相信社会的进化和法律的进化，并不否认法典编纂，并提出如果我们把身份表示为一种人格状态，“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动。”

五、规则说

规则说与分析法学的出现相关，规则说认为法律本质上是一套规则体系，应拒绝自然法学的干预，并主张通过共同的原则和特征，明确不同规则之间的逻辑关系，为人们的生活提供必要的限制与保障。规则说的代表人物有奥斯丁、凯尔森和哈特。分析法学家奥斯

丁认为,法学对象限于实在法,而实际存在的有人制定的法实际上来自主权者的命令,包括责任、制裁和义务三个方面。在奥斯丁看来,实在法的本质是由一个主权人或团体直接或间接地为社会成员所设立的,其中那个人或团体就是主权或至尊。现代分析法学家凯尔森对法的本质的理解是在对奥斯丁等人观点的反思上形成的。凯尔森提出纯粹法学,认为法律是人的行为的一种秩序,是具有统一性的一系列规则,并认为不同法律之间存在一定的位阶关系。纯粹法学的特点反映在其纯粹性上,也就是说,以实在法为研究对象,而其他所有非法律因素都排除在法学研究之外。

英国法学家哈特是现代分析法学的杰出代表,他认为法律应当与道德之间有明确的界限,应排除法外因素的干预。在他看来,任何国家或地区的法律,从本质上讲都是第一性规则和第二性规则的结合。其中,第一性规则是设定义务的规则,要求人们做或不做某事,而第二性规则规定人们可通过行使权力而引入新的第一性规则、废除或修改原来的主要规则,并提出承认规则、改变规则和审判规则。此外,哈特在与富勒的论争中提出了“自然法的最低限度内容”,认为有些法律违反了社会的基本道德,属于恶法,虽然亦为法律,但因其邪恶特征而不应被遵守和服从。

六、社会控制说

社会控制说将法律作为社会控制的工具,并以法律在社会生活中的运作和实施为重点,提出在研究法律时,不要单独地强调法律本身,而要重视法律与其所处社会环境之间的关系以及法律的实际目标。社会控制说的出现是与当时社会变迁中各种矛盾频出并不断加剧的局面相关,通过法律加强对社会生活尤其是经济生活、政治生活的正当干预,以舒缓社会矛盾,维持统治秩序。社会控制说的代表人物有埃利希、庞德等。奥地利法学家埃利希认为“在所有的法律联合体中,法律规范构成了内部秩序的支柱”,而法本质上就是来自法律事实的规范,且只有成为人类生活必需品,起到实际规范作用的法律规范才是活法,才具有现实价值。

美国法学家庞德是法社会学的代表人物,他主要从文明、社会控制和法律之间的关系分析法的本质。庞德认为,文明使得社会控制开始出现,而在不同的社会发展阶段,有着不同的文明内涵,就有着不同的社会控制手段。到了现代社会,文明的发展促使法律成为社会控制的主要手段。在庞德看来,法实质上是一种制度,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制,而这种社会控制的目标就是通过对个人自我扩张的本性的有效控制,协调人们的利益关系,满足人们的要求和愿望,承认、确定、实现与保障各种利益。

第三节 马克思主义的法本质理论

根据马克思主义创始人与其后继学者的经典论述,法是社会发展到一定阶段,出现阶级分化和对立之后才产生的社会现象,法律没有独立的历史,既不能从法律本身理解,也绝非理性判断的体现,而是阶级社会所特有的,受制于社会物质生活条件的制约。法的本质的展现过程则反映出法本质的不同层次,包括法是国家意志的体现、法是阶级意志的体现和法受到物质生活条件的制约。当然,也有学者将法的国家性和法的阶级性合并为掌握国家政权的阶级意志的体现,并与法的物质制约性合并为两个层次,与三个层次的分法并无实质性差别。

一、法是国家意志的体现

第一,法是“意志”的体现。法不是自发产生的,而是人们凭借一定的意志创制的,是人类自觉活动的产物。所谓意志,是指为达到某种目的而产生的心理状态,是支配人的思想和行为并影响人的思想和行为的精神过程。意志属于意识,但不等同于意识,而是意识组成当中有目的性、方向性并且经过理性加工的部分,意志是人对自身生活境况的理性认识和判断,但意志本身不是法,只有当其被立法机关按照立法程序的规定,以法律、法规、规章等规范性文件予以表现时,才有了法律意义上的存在形式。作为意志的体现,法构成人类文明乃至上层建筑的重要组成。

第二,法是“国家”意志的体现。法是意志的体现,但并非是所有个人或组织的意志反映,其所体现的意志具有国家性。“法律是掌握国家政权的阶级意志的表现”,在阶级分化的社会中,占统治地位的利益集团除了以国家的形式组织自己的力量外,他们还必须给他们的共同意志和利益以国家意志的表现形式。“每一个力图取得统治的阶级……都必须首先夺取政权,以便把自己的利益说成是普遍的利益”,只有掌握国家政权,阶级意志才能获取在管辖范围的至高权威,才能上升为国家意志,而只有上升为国家意志的阶级意志,才能有机会成为法律。这既表现为法是由掌握国家政权的阶级集团,通过公共权力机关按照一定程式来制定或认可,并以正当表现形式予以公布,同时还表现为法是以国家强制力保证实施的。总之,只有掌握国家政权的阶级,才有资格、有能力将自己的意志宣布为法律,而其他组织、集团制定的规则,因其缺乏国家性,而不具有法的本质特征。

二、法是统治阶级意志的体现

第一,法是阶级意志的体现。法是国家意志的载体,从表面上看具有一定的公共性和

中立性，任何个人或组织的意志一旦上升为国家意志，就拥有了由公共权力保障实施的，社会成员普遍遵守的效力。但是，并非所有个人或组织的意志都能有机会成为国家意志。在阶级分化的社会中，不同个体之间因所处社会位置、经济结构的差异，有着不同的利益需求，处于相同或相似位置的个体因彼此的联合而形成阶级，而处于不同位置的个体或组织因分歧而形成阶级对立。不同阶级之间的利益并不完全吻合，甚至在一定情形下存在着冲突。所以，法是阶级意志的体现，无法出现可超越所有阶级分歧，而实现所有阶级意志或愿望的共同法律。

第二，法是统治阶级意志的体现。不同阶级所处的社会位置存有不同，所以并非所有阶级都有国家意志的表达权，处于支配地位的阶级才能掌握国家政权，才有资格以国家意志的形式，确认本阶级的意志为法律，而处于被支配地位的阶级，除非其利益诉求为统治阶级所认可，否则就难以成为法律，而且还必须服从以法律形式体现的统治阶级的意志。必须注意的是，此处所说的统治阶级的意志，并非指统治阶级的任何个体成员的意志，也不是统治阶级中个别成员、少数成员或处于领导位置成员的意志，而是统治阶级的整体意志和共同意志。正如马克思主义学者所叙述的“通过法律形式来实现自己的意志，同时使其不受他们之间任何一个单个人的任性所左右，这一点不取决于他们的意志，如同他们的体重不取决于他们唯心主义的意志或任性一样……由他们共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律。”即便是作为统治阶级成员，也必须服从法律，在违反法律时接受制裁，这样才能更好地实现统治阶级的意志和利益。

第三，并非所有统治阶级的意志都是法律。法律是统治阶级的意志表现，是法律化的统治阶级的意志，但并非所有统治阶级的意志都以法律为表现形式。在掌握国家政权之后，统治阶级往往需要根据治理对象的特点，所处的社会发展阶段，借助不同的治理方式进行统治，其中包括道德、宗教、舆论及政策等多种手段，而法律仅为统治阶级意志的表现形式之一，虽然在现代社会，法律扮演着越来越重要的角色，也成为承担统治阶级意志的主要形式，但是这并不否认其他反映统治阶级意志的合法形式，也不能简单地将统治阶级的意志理解为法律。

第四，并非所有法律仅反映统治阶级的意志。在阶级分化的社会中，法律所体现的是统治阶级的意志，而作为国家政权的统治者，统治阶级既要维护自身的阶级统治，同时也要承担面向全体社会成员，并将其行为纳入统治阶级所能接受的范围当中的公共管理职能。在一定范围内，法律不仅反映统治阶级的意志，还有可能反映被统治阶级的某些愿望和要求，包括设立对全体社会成员均有利，在不同程度上反映全社会不同阶级阶层共同利益的法律，以及为缓和与被统治阶级之间矛盾和冲突，更好地加强对被统治阶级的控制，而在一定程度上对被统治阶级作出让步，并在立法中设置反映被统治阶级某些意志或利益要求的内容。当然，此类法律仍是通过统治阶级掌握的国家机关予以确认和制定的，而且从根本上讲还是为了实现统治阶级的意志，更好地保护统治阶级的利益，并不能改变国家

法律的整体性质。

三、法律体现统治阶级意志最终由物质生活条件所决定

马克思主义学者在揭示法的本质之际主张法是统治阶级意志的体现，但这并不意味着统治阶级可按照自身意志随意的制定法律。相反，统治阶级意志也具有客观规律性，无论是作为统治阶级意志的法律还是统治阶级意志本身，最终都是由一定社会的物质生活条件所决定。

社会物质生活条件是指与人类生存和发展密切相关的地理环境、人口和物质资料的生产方式等，其中生产方式是最重要的内容。生产方式的物质内容是生产力，其社会形式是生产关系，生产方式是两者在物质资料生产过程中的辩证统一。按照马克思主义的观点，生产力决定生产关系，经济基础决定上层建筑。在社会活动中，人们的各种需求都来自于生产方式，通过一定的生产方式使得自然环境的一部分转化为人类所依赖的社会物质条件。而生产过程中产生的经济关系是人与人之间最根本的社会关系，包括法律在内的其他社会关系都是从中派生出来的，都要服从并维护于经济关系。

马克思指出“作为纯粹观念，自由和平等是交换价值过程中的各种要素的一种理想化的表现，作为法律的、政治的和社会的关系上发展了的东西，自由和平等不过是另一次方上的再生产物而已。”这表明法律受到社会物质生活条件的决定性制约。在这种制约之下，法律不能违背社会历史条件，不能违反经济发展规律，而必须承载和反映一定的经济关系，甚至于在相同阶级执政下产生不同法律，也是服从不同的社会物质条件。事实上，正如马克思在批评蒲鲁东时所述“只有毫无历史知识的人才不知道：君主在任何时候都不得不服从经济条件，并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”

在强调法律的物质制约性的同时，我们也不能忽视或否认法的阶级意志性，二者之间是辩证统一的。这表现在：首先，法的阶级意志性与物质制约性是内在统一的。经济关系以及所派生的其他社会关系只有通过统治阶级的意志形式才能体现在法律层面，并通过立法、执法、司法等法律活动予以实现，其实质反映了特定阶级的价值追求和利益分配方案。其次，法律化的阶级意志具有相对独立性。在社会物质生活条件发生变化时，作为统治阶级意志的法律，是否发生变化以及在何时发生变化，并不完全和物质生活条件的变化合拍，也有可能出现超前立法或滞后变法的情形，等等。当然，法律的独立性是相对的，不能超出一定的范围，不能违反物质生活条件对法律的决定性作用。

此外，统治阶级意志除了受到物质生活条件的制约以外，政治、文化、道德、宗教和历史传统等其他因素也会对统治阶级的意志产生影响，而进一步影响到法律的内容和形式设计。这也是为何在经济基础相似的国家或地区，法律在形式和设置重点上存在不同程度的差异化之原因所在。

第二章 法的渊源与效力

地球上的生物种类繁多，相互依赖又相互竞争，在阳光下呈现出一副生机勃勃的景象。同样，在法律的世界里，不同来源、不同形式和不同效力的法律共生共栖，相互交织，共同构成一个严密的规范体系，法律的帝国人丁兴旺、绵延生息。

第一节 法律的渊源

一、法的渊源：法律的表现形式

渊源，水积为渊，水之所出为源，渊源的本义乃是指河流的来源，而法的渊源，顾名思义也是指法的来源、源头，法的栖身之地，或者法的表现形式。

作为法学中一个重要概念，“法律渊源”来自罗马法 *fontes juris*（法的源泉）一词，指法的来源，法律的栖身之处。法的渊源这个概念在不同的情形下会有不同的含义。英国法学家沃克在其所著的《牛津法律大辞典》中罗列了法律渊源的五种含义：一是指法的历史来源，指产生特定法律的原则和规则的过去的行为和事件。例如美国 1803 年的“马伯里诉麦迪逊”（*Marbury v. Madison*）案确立了宪法中的司法审查制度。二是指影响法律、促进立法及推动法律变革的一些理论或哲学原则。例如卢梭和孟德斯鸠的三权分立学说直接指导着美国 1789 年宪法的设计与起草。三是指法律的形式渊源，如议会以立法形式发布的法典、高级法院的法律解释、权威性法学著作、习惯、公平、正义的法律观念等。四是指文件渊源，即对法律规则做出权威性说明的文件，人们可以从中找到对法律的权威性阐述。如中国的各种法律法规汇编、英美国家的判例法汇编等。五是指文字渊源，也就是法律文献，人们可以从中找到有关法律的信息，发现一些关于法律的非权威性解说，比如法学家的著作等。沃克认为：“从研究方面看，第一和第二个渊源更有意义，它可以让人认识该原则的真正范围和含义。从实践方面看，第三和第四个渊源的重要性更大，一条所称的规则，除非它来自实质渊源，且能在文件渊源里找到关于它的陈述，否则是没有法律强制力或效力的。”

法律渊源具有多种意义，但是法学上一般使用的法律渊源就是指法律的形式渊源或效

力渊源，即由特定国家机关制定或者认可，通过不同方式创立的，具有不同法律效力或地位的法律的外在表现形式，或者说是法律的不同模样。

在不同的历史阶段和不同的国家，由于立法机制的差异，法律的渊源或表现形式是多姿多样、不断变化的。

在古罗马，法律的渊源包括议会制定法、皇帝敕令、元老院决议、法学家注释等，它们是罗马法律的不同表现形态，是社会活动和司法审判必须遵守的有效规则。

在中世纪的英国，法律的渊源包括制定法、普通法和衡平法，前一种是由国王制定的成文法，后两种则是法院在审判活动中创造的判例法。而在今天的英国，法律的三大来源包括：议会立法、法官造法和欧盟法。

在现代伊斯兰国家，除了国家颁布的各类法律之外，《古兰经》、圣训以及伊斯兰教法学家对《古兰经》的注解也是有效的法律形式。《古兰经》被认为是直接来自于真主的法律，通过使者启示于人间，圣训则是真主的使者默罕默德确立的法律规范。

在古代中国，法律文明高度发达。在秦代，国家法的主要形式包括一般的法律、皇帝的诏令、法律解释（法律答问）以及法庭的判例（廷行事）等。唐朝时期，已经形成了丰富多样、条款完备的各类成文法，包括律、令、格、式等不同形式，律是指国家颁布的基本法，如《贞观律》《永徽律》等，令是指皇帝颁布的单个命令，格和式则主要指公文程式。自明朝开始，由于“律文有尽而情伪无穷”，明朝皇帝开始在成文法典之外将以往的判例归纳提升，编纂为“条例”，以弥补普通法律的不足。

到了现代社会，根据社会治理的需要，有立法权的国家机关制定了各种法律，包括宪法、议会立法、政府立法及判例等。同时，随着国际交往的日益频繁，国际法开始成为一种越来越重要的法的表现形式。其中最重要的就是联合国制定的国际公约，一个国家只要参加或缔结了联合国的公约，则该公约就对这个国家有效。

总之，无论是古代还是现代，法律的世界都是驳杂多样、异彩纷呈的。在不同的时空条件下，法律往往具有不同的渊源和形式。

二、法的正式渊源与非正式渊源

在一个国家内，法律的表现形式是多种多样的，从法官的角度讲，不同的法律形式，对司法审判具有不同的效力：有些法律是必须遵守的，具有普遍的约束力，而有些法律则并不具有强制性，只有参考价值，一般只是潜移默化地影响着法官的判断。这就涉及法律渊源的一个重要分类——正式渊源与非正式渊源。

美国法理学家博登海默指出：“所谓正式渊源，我们意指那些可以体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源。这类正式渊源的主要例子有，宪法和法规、行政命令、行政法规、条例、自主或半自主机构和组织的章程与规章、条约与某些其他协议，以及司法先例。所谓非正式渊源，我们是指那些具有法律意义的资料和值得考虑的材料，而

这些资料和值得考虑的材料尚未在正式法律文件中得到权威性的或至少是明文的阐述和体现。尽管无需对非正式渊源作详尽无遗的列举，但我们仍将非正式渊源分为下述一些种类：正义标准、推理和思考事物本质（*nature rerum*）的原则、衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法。”

一般认为，由国家专门的法律机关创制的、可以直接作为处理法律问题依据的法律形式，属于法的正式渊源，主要指国家立法机关制定的各种法律文件。这种法律出自权威的国家机关，体现了国家的意志，它能够产生法的约束力，是有关当事人以及法官、律师等法律职业人士必须遵守的有效规则。与正式渊源相对应，法的非正式渊源指的是那些并非出自法律创设机关、不能作为处理法律问题必要和充分根据，但对于法律活动具有一定影响和参考价值的法的渊源，主要包括习惯和判例等。法的非正式渊源可以被视为“法的半成品”，它尽管不具有正式法的强制效力，但对法律活动又不是完全没有意义，尤其是在正式的法律存在漏洞或者含混时，它能够发挥补充正式法律不足的作用，成为法官判案的依据。

在大陆法系国家，源于古罗马的成文法传统造就了其完备而系统的制定法体系，成文法成为国家的基本法律形态，甚至是唯一的法的正式渊源。因而，在传统的司法审判中，法官往往奉行严格规则主义，即只依据国家立法机关制定的成文法来审判案件，成文法之外的规则一般不能被直接运用。但是，随着社会的日益复杂，人们开始意识到，即便是最聪明的立法者，如聪慧而自负的拿破仑皇帝也不可能制定出绝对完备的万能法典，成文法在变动的社会生活面前永远是落后和不全面的。欧洲法社会学的代表性人物、奥地利法学家埃利希（E. Ehrlich）指出：“想把一个时代或一个民族的全部法律都框进某个法典的法律条文之中，其实就像欲把一条河流堵截在池子里一样愚蠢：凡被放进池子里的水就不再是流动的活水，而是一潭死水，何况大量的活水根本不可能放进池子里。”因此，在成文法出现漏洞或者存在不足的时候，立法者应允许法官进行自由裁量，在一定程度上运用那些非正式的法律渊源来裁判案件。尤其是在民事审判中，法典的封闭性和民事活动的无限性之间总是存在鸿沟和不对应。为了解决这一问题，很多国家的民法典都规定：民事活动，有法律依法律，无法律依习惯，无习惯依法理。通过这样的方式，风俗习惯和法学家的学说不仅可以为人们开展民事活动提供指导，而且还可以直接进入司法审判，成为法官裁判案件的根据。

在普通法系国家，由于历史上比较缺乏系统的成文法典，司法审判主要靠法官根据各地习惯发挥自己的法律智慧进行自由裁判。在普通法的故乡英国，12世纪时逐步形成了判例法的传统，在面对具体案件时，如果缺乏明确的法律依据，则允许法官根据当地习惯、凭借自己对法律公平正义的理解做出裁判，而这个裁判一旦被认可和接受，则对后来的法官在审判同类案件时具有当然的约束力，这就是“遵循先例”。在这种传统下，法官实际上担任了立法者的角色，他们创造了一个庞大的判例法体系，包括普通法和衡平法两

种类型。因而，在国王的立法之外，法院的判例也属于正式的法律渊源。进入现代以来，随着社会的变化，英美法系国家也开始重视议会立法，成文法的地位显得越来越重要，开始成为国家主要的正式法律渊源。与大陆法系一样，习惯和法学家学说在英、美、法国家也属于非正式的法律渊源，它们并非源于国家机关，所以不具有法的当然约束力，它们是法律家族中特殊的一类，在幕后默默地影响着法律活动，指导着法官的审判。

三、当代中国法的正式渊源

中国是一个大国，地域辽阔，人口众多，各地发展不平衡，这样的国情决定了我国独特的立法体制，即中央和地方均享有不同程度的立法权，而这样的立法体制直接决定了我国正式法律渊源的多样化。

1. 宪法

在我国，宪法为首要法源，它是国家的根本大法，对我国政治生活中最重要、最根本的事项作出了最权威的规定。新中国第一部《宪法》产生于1954年，后经过了多次修改，现行宪法是1982年修改后的《宪法》。宪法的内容涉及国家的基本构架，涉及国家权力与公民自由，它是国家公共事务的总宪章，在国家法律体系中具有最高效力，其他任何法律都不得与宪法相冲突。

2. 法律

宪法之下是“法律”。在我国，广义上的“法律”包括所有拥有立法权的国家机关制定的规范性法律文件，而狭义的法律则专指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性法律文件。作为法律渊源意义上的“法律”就是指狭义的法律。在我国正式的法律渊源中，法律是由最高立法机关——全国人大及其常委会制定的，其地位和效力仅次于宪法。在日常生活中，最核心和最重要的法律包括《刑法》《治安管理处罚法》《民法通则》《物权法》《合同法》《刑事诉讼法》《民事诉讼法》等。

3. 行政法规

行政法规是由国务院制定的关于行政管理方面的规范性法律文件，行政法规的名称一般为“某某条例”，比如《信访条例》《学位条例》《物业管理条例》《音像制品管理条例》等。在法的正式渊源中，行政法规的效力低于宪法、法律，但高于一般的地方性法规，在全国范围内普遍有效。

4. 地方性法规

地方性法规是有立法权的各级地方人民代表大会及其常务委员会，在不违背上位法的前提下，根据本行政区域的具体情况和实际需要制定的规范性法律文件，如《北京市人口与计划生育条例》《吉林省大气污染防治条例》《杭州市智慧经济促进条例》《武汉市志愿服务条例》等。从效力等级上看，地方性法规的效力低于宪法、法律和行政法规；从效力范围上看，地方性法规具有地方性，其效力范围仅限于本地行政区域内。

5. 民族自治法规

民族自治地方，包括自治区、自治州、自治县，它的人民代表大会有权依据当地民族的政治、经济、文化的特点制定自治条例和单行条例，比如青海《海南蒙古族藏族自治州自治条例》、四川《凉山彝族自治州自治条例》、贵州《黔东南苗族侗族自治州自治条例》、海南《白沙黎族自治县自治条例》。其中自治条例是一种综合性法规，内容比较广泛，单行条例是关于某一方面具体事务的规范性文件，针对性比较强。民族自治条例和单行条例可以对国家法律的有关内容进行变通性规定，经过有关上级国家机关批准后在本自治区域范围内有效。

6. 规章

国务院各部委及设区的市以上的地方人民政府，可以根据宪法和法律行使一定程度的立法权，它们制定的法律叫“政府规章”。根据制定主体不同，规章分为三种：部门规章、地方政府规章和军事规章。

部门规章是国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构在其职权范围内制定的规范性文件，比如人力资源和社会保障部《外国人在中国就业管理规定》、交通运输部《道路运输从业人员管理规定》、公安部《公安机关人民警察佩带使用枪支规范》等。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。

地方政府规章指的是省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府依照法定程序制定的规范性文件，比如《江苏省土地利用总体规划管理办法》《西藏自治区大型宗教活动管理办法》《青岛市社会医疗保险办法》。没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。

军事规章是中央军事委员会各总部、军兵种、军区、中国人民武装警察部队，根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令，在其权限范围内制定的规范性法律文件，如《伤病残军人退役安置规定》《军队文职人员管理规定》等。

7. 国际条约和国际惯例

国际条约是我国同国际组织、其他国家缔结或参与的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。条约生效后，根据“条约必须遵守”的国际准则，对缔约国的国家机关、团体和公民就具有法律上的约束力，因而国际条约也是我国法的正式渊源之一。国际惯例是指以国际法院等各种国际裁决机构的判例所体现或确认的国际法规则和国际交往中形成的共同遵守的不成文的习惯，如在战争中应优待战俘、不得对平民使用武力等。国际惯例是国际条约的重要补充，同样也是法的正式渊源。

除以上法律渊源之外，在我国还有一些特殊形式的正式法源，这些法源包括中央军事

委员会制定的军事法规、军事部门制定的军事规章；香港、澳门特别行政区立法会制定的特别行政区法规；深圳、珠海、汕头等经济特区根据全国人大或者全国人大常委会的授权而制定的经济特区法规等。

四、当代中国法的非正式渊源

除正式渊源以外，在我国还存在一些不同形式的法的非正式渊源，它们主要表现为来自民间的法律规则，这些规则尽管不具有法的名份和效力，但在司法审判中却发挥了补充官方法律不足的重要作用。

1. 政策

政策，一般是指特定的政党或政治组织在处理国家事务、公共事务中制定的调整各种社会关系的路线、方针、规则和措施的总称。在我国，最重要的政策是中国共产党的政策。执政党的政策作为一种非正式的法律渊源，具有前瞻性和灵活性，不仅可以指导立法和法律实施，而且能够补救成文法的不足。

我国《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”这里可以举公有住房使用权的承租继承这一具有“本土化”特色的实例说明。公有住房使用权是我国传统福利住房分配政策和计划经济体制遗留下来的特殊产物，具有迥异于一般私有房屋租赁使用权的性质，其所具有的永续性、支配性、可转让性等特征，使其在性质上更接近于物权而非债权。房管部门对公有住房的管理模式却是采取产权单位与承租人之间通过签订“房屋租赁合同”的形式，来约定双方的权利和义务。司法实务中，如何界定公有住房使用权的法律属性成为比较棘手的问题，有的法院甚至不予受理此类案件。这是一种典型的必须依靠政策解释才得适用法律的实例，因为对于这类案件的处理，法律上并无明确规定，有关公有住房的形式规范均来源于政策文件。

2. 风俗习惯

西方法谚云：“习惯是法律的最佳阐释者”。在人类社会的早期，调整社会关系的主要手段就是习惯。因此，习惯在某种意义上是近现代法律、道德、宗教的源头。法律和习惯之间密不可分，人类很多早期的法律就是习惯的汇编，比如德国大约编纂于1220年的著名法典《萨克森法典》就属于典型的习惯法汇编。在谈到中国传统社会的习惯法时，学者梁治平指出：“习惯法乃是由乡民长期生活与劳作过程中逐渐形成的一套地方性规范；它被用来分配乡民之间的权利、义务，调整和解决他们之间的利益冲突。习惯法并未形诸文字，但并不因此而缺乏效力和确定性，它在一套关系网络中实施，其效力来源于乡民对于此种‘地方性知识’的熟悉和依赖，并且主要靠一套与‘特殊主义的关系结构’有关的舆论机制来维护。”

风俗习惯并非只是与古老的乡土生活联系在一起，即使是在现代社会，人们依然可以看到各种各样的习惯，看到它们在调整社会及解决纠纷方面活跃的身影。根据法社会学家

的研究,在西方发达资本主义国家,在许多商事活动中,对于正规法律的援引反倒是一种不正常和例外的情况,人们往往更愿意通过遵从商事习惯、互相协商、互相谅解等方式来达成协议,协调彼此的活动。

美国文学家马克·吐温曾说:“法律是沙子,习惯是岩石。法律可以被违反,刑罚也可被规避,但公然违反习惯的人才会获得真正的惩罚。”风俗习惯对法律的影响主要表现在两个方面:首先,习惯作为一种民间法,它具有一定的合理性,得到社会的普遍认可,会对国家立法产生重要的影响,很多国家法律的内容就直接来自于民间习惯;其次,在司法审判中,尤其是在民事审判中,如果国家的制定法存在漏洞或者含义不明,则风俗习惯可以作为一种非正式的法源,引导法官作出既符合法理又让公众满意的裁判结果。

江苏省如皋市人民法院审理过一个很有意思的案件。朱某与陆某两家系同组村民,南北紧邻。两家为一些生活琐事素有矛盾,经有关组织多次调处未果。2004年10月,陆某在其家楼房后树立四扇石磨,两扇一组,正对朱某家楼房大门。石磨外侧还有镜子对着朱某家,其中一面镜子上写有“死”字。朱某因此到法院诉称:陆某以巫蛊手段诅咒原告及其家人,原告整日感到心神恍惚,无心农事,陆某行为给原告及家人造成精神痛苦和心灵创伤,要求被告立即移走石磨及镜子,停止其巫蛊行为,并支付精神损害赔偿。

法院审理认为,石磨及镜子是日常生活用品,本身并没有特别的意义,但在特定条件下也会被赋予特定的内涵。陆某用石磨对着他人大门并在镜子上写“死”字,这在当地习俗中有磨人之类的迷信说法,可以被看作是一种诅咒他人的巫蛊之物。巫蛊行为是一种封建迷信,有悖于社会公序良俗,其本身虽不会对他人造成实质性的伤害,但客观上会使相对人心存疑虑、顾忌,使其精神压抑、郁闷,从而造成精神痛苦和创伤。据此,法院判决被告立即停止巫蛊行为,并赔偿原告精神损失费500元。

在上述案件中,陆某用石磨对着他人大门并在镜子上写有“死”字,这种行为并未违反法律的规定,但若考虑到当地特定的风俗习惯、风土人情,则该行为无疑具有较大的破坏性和挑衅性,会对当事人造成精神损害。据此,法院认定被告的行为构成侵权,应承担相应的法律责任。

3. 道德原则和正义标准

在西方,道德规范和正义观念往往被视为是一种“高级法”或者“自然法”。尽管近代以来,直接诉诸这种“高级法”进行审判的司法实践越来越少,但是法院有时还是会将道德规范和正义观念人对宪法和法律条文的解释中,从而在事实上使得道德规范和正义观念具有了法源的地位。第二次世界大战之后著名的纽伦堡审判,在很大程度上就是法官运用道德规范和正义观念对纳粹战犯罪恶行为的清算和审判。

1945年11月20日,针对23名德国纳粹党匪首的审判在纽伦堡举行。在公诉人对他们的战争犯罪进行指控时,这些战犯们无一例外地回答说:自己只是依法奉行上级命令而行事。面对纳粹战犯们的种种狡辩,国际法庭的公诉人、美国杰克逊大法官严厉地指出:

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



“有一个不容否认的事实是：纳粹党徒，在一个相当大的范围里对人类犯下了前所未有的残酷罪行！谋杀、拷打、奴役、种族屠杀这些行为，不是早已被全世界的文明人认定是一种罪行吗？我们的提议，就是要惩罚这些罪行！”杰克逊法官接着说：德国法西斯党的种族屠杀、践踏公民权利的“法律”与“法令”，是与人类最基本的道德与人性完全



纽伦堡审判

相悖的，任何一个有良知的人都不会执行这样的“恶法”，而这样的“恶法”亦不能成为任何人拿来为自己的犯罪行为进行辩护的理由。最终，这23名战犯中11人被判处绞刑，其余被告被判无期、20年、10年徒刑不等。

4. 法理学说

在历史上，法学家的理论学说往往是法的渊源之一。比如，中国古代的儒家学说就对封建法律制度产生了深远的影响，而在古罗马，盖尤斯等五大法学家的著述对司法审判具有直接的约束力。到了现代社会，理论学说一般不再被看作是法的正式渊源，法官们也不能直接将某一法学理论、法律学说作为审判的依据。尽管不是法的正式渊源，但是理论学说、法律学说所蕴涵的法理，仍然是法律实践中所必不可少的组成部分。这种法理学说能够指导法律职业者分析法律问题，为其法律论证和法律推理提供论据。因此，理论学说、法律学说在我国属于法的非正式渊源。

5. 指导性案例

2010年，最高人民法院发布的《关于案例指导工作的规定》指出：为总结审判经验，统一法律适用，提高审判质量，维护司法公正，实施指导性案例制度。所谓“指导性案例”，是指裁判已经发生法律效力，并符合以下条件的案例：社会广泛关注的；法律规定比较原则的；具有典型性的；疑难复杂或者新类型的；其他具有指导作用的案例。

最高人民法院设立了案例指导工作办公室，负责指导性案例的遴选、审查和报审工作。最高人民法院审判委员会讨论决定的指导性案例，统一在《最高人民法院公报》、最高人民法院网站、《人民法院报》上以公告的形式发布。最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。

6. 外国法

一般而言，一国的法律只能在本国主权范围内发挥效力，他国并无义务接受该法律的约束。因此，外国法并不是法的正式渊源。但是，如果各国面临的法律问题非常相似，而本国的法律规定不明确或者存在漏洞的时候，国外的相关规定就可以作为一个补充性的“法律仓库”供法官参考使用。比如，在香港终审法院的“侮辱国旗案”中，法院就援引了挪威、芬兰等国的法律。由于这种做法有利于法官接触到各种良好的解决办法以应对疑

难法律问题。因此，可以将外国法视为我国法的非正式渊源。

第二节 法律的效力

与温和的道德、宗教、习俗相比，法律是强硬的：它在一定的时间和空间范围内，对所有的人普遍有效，具有无可争辩的约束力。西方法谚曰：“法律有效力，国民便昌盛。”法律正是凭借其普遍的约束力规范着社会成员的一言一行，保障了公共生活的安全、有序、公平与和谐。

一、法律的对象效力

法律是人制定的社会规范，它有自己的调整对象。法律的对象效力，就是指一个国家的法律对哪些对象、哪些主体有效的问题。

（一）历史的变迁

在现代社会，法律的调整对象是“人”，这里的“人”既包括自然人，也包括公司、国家机关和民间社团等社会组织。法的对象效力也被称为“法律对人的效力”。

但是，在古代法律中，由于受到宗教、神学的影响，某些动物甚至也被赋予了一定的法律人格，在某种意义上也成为法律约束的对象。例如，猫在古埃及，白象在暹罗（siam 今泰国）就受到法律的尊重和保护，享有人格权；而美国人类学家霍贝尔在其《初民的法律》一书中讲到：家畜在伊富高人眼中具有法律上的人格，恶意杀死一头家畜与杀人相类似，需要支付一种称为“拉波得”（labod）的赔偿金，该赔偿金与一桩杀人案中可能支付的赔偿金额相同。与伊富高文化相似，科曼奇人认为马匹，尤其是好马具有准人格，因此故意杀死他人心爱的坐骑，是一种近似杀人的行为，尤其当这匹马是物主最好的朋友在弥留之际的遗赠之物时更是如此，对此予以复仇的方式不是去杀死违法者心爱的坐骑，而是杀死其本人。

另外，在古代法律中，奴隶不具有人的资格和权利，往往不能成为法律上的主体而是被视为主人的财产，而妇女及外国人的法律地位也受到诸多方面的限制，不是完整意义上的法律主体。例如，公元前3000年两河流域的《乌尔纳姆法典》就将居民划分为自由民和奴隶两个阶层，法律严格保护奴隶主对奴隶的私有财产，奴隶可作为财产被任意买卖，也可作为实物赔偿给受害者。此后，两河流域其他城邦国家制定的《俾拉拉马法典》《李必特·伊丝达法典》，公元前18世纪古巴比伦王国颁布的《汉谟拉比法典》，都规定奴隶并不是法律意义上的人，他们只能被作为客体来对待，奴隶不享有人格权，其生命、身体、健康等不受法律保护。甚至西方法律在发展到古罗马时期，对奴隶、妇女及外国人法律人

格的剥夺和限制依然十分明显，比如《十二铜表法》（Law of the Twelve Tables）就规定：

第五表 继承和监护

一、除维斯塔贞女外，妇女终身受监护。

十一、以遗嘱解放奴隶而以支付一定金额给继承人为条件的，则该奴隶在付足金额后，即取得自由；如该奴隶已被转让，则在付给受让人以该金额后，亦即取得自由。

第六表 所有权和占有

五、外国人永远不能因使用而取得罗马市民财产的所有权。

第八表 私犯

三、折断自由人一骨的，处 300 阿斯的罚金；如被害人为奴隶，处 150 阿斯的罚金。

十四、现行窃盗被捕，处笞刑后交被窃者处理；如为奴隶，处笞刑后投塔尔佩欧岩下摔死。

第十表 宗教法

六、禁止：对奴隶的尸体用香料防腐；举行丧事宴会、奢侈地洒圣水、长行列的花环、用香炉焚香。

进入近代以来，“法律面前人人平等”成为现代法律的基本原则和价值目标。法国 1789 年《人权宣言》宣称：“在权利方面，人们生来是而且始终是自由平等的。”而 1804 年《法国民法典》第 8 条明确规定：“所有法国人都享有民事权利”。在这种情况下，奴隶制及等级制被彻底废除，妇女的地位也不断提高，法律的对象——也就是法律尊重、约束和保护的主体开始包括所有的人，无论他的性别、种族、年龄、宗教信仰及健康程度。

与此同时，随着法人制度、公司制度的日益完善，法律的主体范围不断扩大，不仅包括自然人，还包括法律上拟制的人——法人。法人是具有独立法律人格，能够以自己名义享有权利并承担义务的组织，包括财团法人、社团法人、机关法人等。在当今的社会生活中，法人已经成为一种数量巨大、种类繁多、呼风唤雨的法律主体。有意思的是，在希特勒法西斯统治时期，其法律还创制和突出强调了“人民”这一法律主体，纳粹提出的原则是：“你的人民至高无上——而你自己一文不值！”

工业化和城市化以来，为了解决日益严峻的生态问题，实现人类可持续发展，一些国家也开始以法律的名义关照、善待生态和自然，动物、植物等本身不具有人格和理性的对象再次受到法律的关怀和尊重。受到动物保护观念的影响，1896 年，《德国民法典》在其后的修改过程中专门增加了有关条款：“动物不是物。它们由特别法加以保护”；1994 年《法国刑法典》甚至将非故意伤害动物的生命或身体规定为“三级违警罪”，将虐待动物规定为“四级违警罪”，将故意伤害动物生命规定为“五级违警罪”。在理论界，关于动物权利和地位的讨论作为一个热点问题，开始受到了人们的重视。

与此同时，随着人工智能的进步，机器人越来越具有人的特征。因此，机器人算不算人，要不要接受法律的约束，也成为一个问题。

据英国《电讯报》网站报道，欧盟正在评估一项与机器人相关的提案。如果该提案最终被通过，则当前的机器人工人可能被视为“电子人”。而且，它的主人有责任为它们缴纳社会保险。

当前，机器人被大批量地部署到各种工厂里，承担着各种任务，如个人护理和手术等。这引发了人们对于失业、财富分配不均和异化等问题的担忧。欧洲议会的一份签署日期为2016年5月31日的提案称，机器人越来越智能、越来越普遍、越来越独立，这就要求我们重新思考各种问题，如纳税和法律责任等。而且，一些机器人甚至还拥有了人的外形。2016年3月，在全球最大的旅游展会ITB上，游客们得到了东芝公司的仿真机器人的接待，也得到了法国机器人公司Aldebaran Robotics开发的另一款机器人的帮助。

该提案呼吁，欧盟委员会至少应该将那些最先进的自动化机器人视为“电子人”，并赋予特定的权利和义务。此外，该提案还建议建立智能机器人注册登记制度，建立专门的基金会来承担机器人的法律责任，并让每台机器人都与相应的基金会挂钩。

但德国机械设备制造业联合会（VDMA）认为，这种提案太复杂，而且为时过早。该联合会代表了自动化巨头西门子和机器人制造商Kuka等公司。VDMA总裁帕特里克·舒瓦茨科夫（Patrick Schwarzkopf）对此表示：“该提案将制定一个针对‘电子人’的法律框架，但这应该是50年以内的事情，而不是10年内。这样的法律体系可能会很官僚化，将阻碍机器人的发展。”

这份提案由欧洲议会法律事务委员会起草。提案还称，企业在利用机器人取代人工时，必须要申报使用机器人后企业节省了多少社会保障金，以便于核算企业应缴税款。

（二）中国法律的规定

在一个主权国家范围内，法的对人效力主要涉及的是法律对本国公民、外国人和无国籍人的约束力问题。对于这个问题，世界各国的做法存在差异，大体上有下面四种做法：

其一是“属人主义”，即法对自然人的效力以其国籍为准，法律适用于本国人，不适用外国。因此，本国人无论是居住在国内还是在外国，本国法律均对其有效，而外国人即使生活在本国领域内，也不适用本国法。

其二是“属地主义”，即法对自然人的效力以地域为准，不论本国人或外国人，凡居住在本国领域内则一律适用本国法。而当本国人在自己国家领域外活动时，则可以不受本国法的约束。属地主义是确定法律对人效力的传统作法，我国唐代法律《唐律疏议》中就规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。”也就是说，不同国籍的公民在唐帝国发生纠纷，应按属地主义，适用大唐的法律。

其三是“保护主义”，即以维护本国国家和公民利益为根据，不管是哪个国家的人，不管是在哪里作出的行为，只要侵害了本国的利益，就一律适用本国的法律。一般来说，国家的属地管辖权只限于国家的领土范围，国家的属人管辖权只限于本国国民，因而，对于外国人在外国的行为，主权国家本来是无管辖权的，但为了保护国家的重大利益，对于

外国人在外国所作的、危害到该国利益的行为，国家有时候也会行使管辖权，这就叫保护主义。在法律史上，关于“保护主义”管辖的著名案例是“荷花号”案。

1926年8月2日，法国“荷花号”邮船与土耳其的一艘运煤船在公海上发生碰撞，导致土耳其船舶沉没，8人死亡。法国“荷花号”在第二天到达伊斯坦布尔，土耳其当局依据土耳其法律对该事件进行调查，伊斯坦布尔法院于9月26日对“荷花号”上负责瞭望的法国海军戴蒙上尉进行了刑事审讯，并判处拘留8天和22镑的罚款。

法国政府对此提出外交抗议，认为土耳其法院无权审讯戴蒙，因为碰撞发生在公海，荷花号船员应由船旗国审理。但土耳其法院认为，根据土耳其《刑法》第6条规定，外国人在外国作出侵害土耳其或其国民的罪行时，按土耳其法律规定该受处罚，当此人在土耳其被捕时就要受土耳其法律惩罚。

1926年10月12日，两国签订特别协议，同意将争端递交国际常设法院解决。在诉讼中，法国认为：(1) 国际法不允许一个国家单纯以受害者具有其国籍为理由对外国人在国外所作的犯罪行为进行惩罚；(2) 国际法承认船旗国对船舶在公海上发生的一切事情有排他的管辖权；(3) 上述原则特别适用于碰撞事件。国际常设法院在诉讼中驳回了法国的上述主张，最后判定土耳其的行为没有违背国际法。

其四是“折衷主义”，这种做法是以“属地主义”为基础，以“属人主义”作为补充，兼及“保护主义”。根据这种原则，首先，在一国领域内活动的人和组织，无论是本国的还是外国的，一般都适用该国的法律；其次，外国人及外国组织以适用居住国的法为原则，但有关公民义务、婚姻、家庭、继承以及刑法中有特殊规定的某些犯罪等问题，仍适用其本国法；再次，依据国际条约和惯例，享有外交特权和豁免权的人，适用其本国法。目前，世界上许多国家在法律的对象效力问题上都采用了相对比较全面和合理的“折衷主义”做法，我国亦不例外。

根据我国法律的有关规定，我国法律对人的效力的规定主要包括两个方面：

首先，对中国公民的效力：中国公民在中国领域内的一切活动均适用中国法律，无人可以例外；中国公民在国外的時候，原则上仍应适用中国法律，受中国法的保护并履行中国法的义务，但是当中国法律与所在国的法律发生冲突时，要区别不同的情况，根据相应的国际法及国内法的规定，来确定是适用中国法律还是适用外国法律。

2016年4月，肯尼亚警方根据相关线索抓获41名（其中中国大陆地区19人、台湾地区22人）冒充中国大陆公检法机关对中国大陆群众实施诈骗的犯罪嫌疑人。肯尼亚政府随后发出遣返令，将上述41人遣返回中国大陆。

在问及台湾地区嫌犯是否会在中国大陆受审，公安部表示，此次从肯尼亚押回的团伙是在肯尼亚设点诈骗中国大陆群众，受害人都在中国大陆，而且部分犯罪嫌疑人也是中国大陆人。因此，本案适用中国大陆的法律，司法机关将按照中国大陆法律的有关规定，对犯罪团伙进行侦查、起诉和审判。

其次,对于外国公民和无国籍人的法律适用:外国公民和无国籍人在中国境内,除法律另有规定外,一律适用中国法律。所谓另有规定,一般是指法律上明确规定不适用中国法律的情形,比如享有外交特权和豁免权的外国人,需要通过外交途径来解决;对于外国公民和无国籍人在中国境外对中国国家或中国公民实施的犯罪,如果按中国刑法规定其最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用中国刑法,但是按照犯罪地的刑法不构成犯罪的除外。这一条规定表明中国法律在一定程度上采用了“保护主义”的原则。

二、法律的时间效力

同人一样,法律也有寿命,有自己的存活时间和效力期间。法律的时间效力,涉及法律何时开始生效、何时终止效力,以及法律对于其生效前的事件或者行为是否具有溯及力的问题。法律的时间效力设定了法律对人的行为约束的时间期限,也是法律自己寿命长短的直接规定。一般来说,越健康的人寿命越长,而越合理的法律,其生效的时间也就越长。

关于法律的生效时间,世界各国的做法不太一致,在过去交通不发达的时候,法律一般以送达到某一地区的时间为生效时间,比如,英国国王的法律可能在伦敦是月初生效,而到了爱丁堡则是月底生效。在现代,如果没有特别规定,法律一般自公布之日或规定的日期在全国范围内同时生效。

在我国,关于法律的生效时间通常有如下几种做法:其一,自法律公布之日起生效。其二,在法律中明确规定该法的生效时间。对于某些新出台的法律,由于社会公众需要一定时间进行学习和了解,不宜在公布之日立即生效,因此往往采取在法律中明确规定日期的形式来确定该法的生效时间。其三,比照其他法律确定本法律的生效时间。由于某些法律的目的在于辅助其他法律的应用,因此这些法律就需要比照其辅助的法律来确定自身的生效时间。比如,《公司登记条例》作为《公司法》的辅助法,它的生效时间就取决于《公司法》的生效时间。其四,法律自其试行之日起生效。在20世纪80年代,由于我国的改革开放和市场经济尚处在摸索阶段,加上立法经验及水平有限,所以国家制定了许多“试行法”,这些法律基本上都是自试行之日起生效,试行日一般由该法律或法规自身规定或另行颁布法律、法规加以规定。

与生效对应,法律的失效意味着法律的死亡和终结。一般来说,法律可以通过明令废止或默示废止的形式终止其效力。我国法律的终止生效主要有几种形式:新法律公布后,原有的法律即自动丧失效力;新法取代旧法,同时明确宣布旧法作废;法律本身规定的有效期届满,该法失去效力;由有关国家机关颁发专门文件宣布废止某个法律;法律已完成其历史任务而自行失效,等等。

在一部法律被修改后,往往会涉及法的溯及力问题。法的溯及力,也叫“法律溯及既往”的效力,是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用的问题,如果适用,就具有溯

及力,如果不适用,就没有溯及力。在法的溯及力问题上,往往会涉及两个法律,一个是原来的旧法,一个是现在的新法,两者之间是前后替代关系,新法出台,旧法失效。例如,某国的新《刑法》于6月1日生效,在5月28日发生了一起犯罪活动,法院在6月15日开庭审理该案件,这时候就涉及该国新《刑法》的溯及力问题:对发生在其生效之前的案件,到底是依据新刑法来审判,还是依据犯罪行为发生时的旧刑法来审判呢?

世界各国关于法的溯及力问题主要有如下几种规定和做法:其一,从旧原则。按照这个原则,新的法律颁布后,对其生效以前发生的事件和行为一律不适用,以前的问题适用行为当时的旧法。其二,从新原则。按照这个原则,新的法律颁布后,对其生效以前的事件和行为一律适用。其三,从轻原则。按照这个原则,在具体适用法律时要对新法与旧法的内容进行比较,从中选择对行为人更加有利的或者处罚较轻的法律加以适用。其四,从新兼从轻原则。即新法原则上具有溯及既往的效力,但如果旧法对行为人的处罚较轻时,则依照旧法处理。其五,从旧兼从轻原则。即以前发生的事件和行为原则上应适用旧法,但如新法的规定对行为人更有利或处罚较轻时,则适用新法。

一般说来,在古代社会,出于维护王权统治和打击犯罪的需要,法律具有溯及力是比较平常的事。但是自进入现代法治社会以来,法不溯及既往已成为大多数国家确认的一个基本法律原则。例如美国《宪法》规定:“追溯既往的法律不得通过。”而法国的《人权宣言》第8条规定:“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚,而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外,不得处罚任何人。”第二次世界大战之后,联合国制定的人权公约也明确提出新颁布的法律对其生效前的行为不得溯及既往:

1948年联合国《世界人权宣言》第11条第2款规定:“任何人的任何行为或不行为,在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者,不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”

1966年联合国的《公民权利和政治权利国际公约》第15条规定:“任何人的任何行为或不行为,在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者,不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚也不得重于犯罪时适用的规定。如果在犯罪之后依法规定了应处以较轻的刑罚,犯罪者应予减刑。”

法谚曰:“法律不能强人所难”,让人在行为当时去遵守未来之法,既不人道,也不现实。因此,法不溯及既往已经成为国际社会公认的一项法治的基本原则。之所以说法不溯及既往是现代法治的一个基本法律原则,主要是因为法律随意溯及既往不仅会损害法律本身的权威性、安定性和可预测性,而且还会给国家利用后来的法律惩罚公民先前的行为提供便利,而这将导致公权力滥用和人权遭受侵害,这是与现代法治的标准及理念相冲突的。

当然,任何原则都是相对的,都有可能存在例外情况,法不溯及既往原则亦如此,尤其是从人权保障的角度考虑,适当允许某些法律溯及既往可能会给公民带来好处。因此,